

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

De la pérennité et de la temporalité du droit

Montero, Etienne

Published in:

Mémoire du web et droit à l'oubli

Publication date:

2015

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Montero, E 2015, De la pérennité et de la temporalité du droit. Dans *Mémoire du web et droit à l'oubli*. Université Saint-Joseph (Beyrouth), Beyrouth, p. 173-203.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

MÉMOIRE DU WEB ET DROIT À L'OUBLI

Etienne MONTERO

Propos liminaires

Depuis la nuit des temps, chez les humains, l'oubli paraît primer sur le souvenir. C'est que la mémoire s'estompe naturellement avec le passage du temps. Si le mécanisme de l'oubli est naturel, il est aussi très sain, tant pour le psychisme individuel qu'au plan collectif.

Au besoin, le droit intervient afin de « forcer » l'oubli. Il suffit de songer à la vénérable institution de la *prescription*. Comme le suggère Montesquieu, la tranquillité des familles et la paix sociale reposent non seulement sur ce qui est juste mais aussi sur ce qui est fini. Outre qu'il serait socialement malsain de vouloir remuer et rejuger de vieilles affaires, l'écoulement du temps, la disparition des témoins et, plus généralement, la déperdition des preuves hypothèquent les chances d'une correcte administration de la justice. L'*amnistie* entend favoriser, sinon l'oubli, à tout le moins le pardon ou la réconciliation¹. Le droit pénal consacre encore d'autres formes de droit à l'oubli, telles que l'*effacement du casier judiciaire* et la *réhabilitation*². Des lois ont également été promulguées pour tenter d'effacer de la mémoire collective une période de déchirement et de haine³.

Cela étant, il existe aussi des oublis regrettables ou coupables, inconscients ou accidentels, voire des stratégies d'oubli, individuelles

1. L'amnistie est l'acte par lequel le pouvoir législatif, pour des raisons de politique générale (vœu de pacification à l'issue d'une période gravement troublée...), interdit certaines poursuites et décide éventuellement l'effacement de condamnations déjà prononcées.

2. L'effacement de condamnations a lieu en principe de manière automatique, par le simple écoulement du délai prévu par la loi, tandis que la réhabilitation est le fruit d'un acte judiciaire.

3. Cf. P. MARTENS, « Temps, mémoire, oubli et droit », in *L'accélération du temps juridique*, sous la direction de Ph. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Publications des FUSL, 2000, p. 732, qui cite notamment l'édit de Nantes (1598), la Charte de 1814 en laquelle, lors de la Restauration, Louis XVIII proclama l'oubli de la période révolutionnaire.

ou collectives, contre lesquels se dresse éventuellement un « devoir de mémoire ». Si les juges aiment clore les affaires litigieuses, les historiens se font un devoir de ne jamais les classer définitivement, se plaisant au contraire à les exhumer, à les relire et, le cas échéant, à en proposer une interprétation renouvelée. Il arrive aussi que des législateurs interviennent pour éviter que des faits particulièrement ignobles ne sombrent dans l'oubli. Ainsi incriminent-ils le négationnisme et le révisionnisme ou rendent-ils imprescriptibles les crimes contre l'humanité.

En réalité, tout au long de l'Histoire, les hommes ont dû imaginer des moyens efficaces pour opposer une résistance à l'oubli et conserver les traces de leur passé. Le souci de rassembler les connaissances et d'en assurer la transmission aux générations suivantes occupe de longue date les meilleurs esprits. Le *Phèdre* de Platon est entièrement consacré à la question du passage de l'oralité à l'écriture textuelle, et à l'effet de cette dernière sur la mémoire⁴. Selon le dieu Teuth, l'écriture serait le remède de la mémoire. Le fondateur de l'Académie estime, au contraire, qu'elle ne servira qu'à favoriser l'oubli car elle déplace, en quelque sorte, la connaissance de l'intérieur vers l'extérieur de l'homme, créant une fausse impression de savoir : « mettant leur confiance dans l'écrit, c'est du dehors, grâce à des empreintes étrangères, et non du dedans, grâce à eux-mêmes, qu'ils feront acte de remémoration »⁵.

Dans l'Antiquité, la mythique bibliothèque d'Alexandrie est un puissant symbole de ce besoin de rassembler et conserver tous les livres pour les sauver du risque de destruction. On sait quel fut son sort tragique. Pendant des siècles, il fallut le persévérant labeur des moines copistes pour garder trace de nombreuses œuvres et les préserver de l'oubli. La reproduction de celles-ci en un nombre pratiquement illimité d'exemplaires s'est trouvée facilitée par l'invention de l'imprimerie au XV^e siècle. L'idéal encyclopédique de Diderot et de d'Alembert procède

4. L'écriture est d'abord née sous des formes non textuelles, comme pur système graphique (graffiti sur des pierres ou des os...), avant de donner lieu, bien plus tard, à des versions textuelles, c'est-à-dire organisées en « discours ». À ce sujet, R. SIMONE, *Pris dans la toile. L'esprit aux temps du Web*, Paris, Gallimard, 2012, p. 85.

5. PLATON, *Phèdre*, Paris, Flammarion, 1989, 275a, p. 178.

de la même et constante préoccupation. Plus près de nous, le projet *Google Books* – plusieurs millions de livres d'ores et déjà scannés et numérisés – s'inscrit dans la même veine, à l'ère et avec les moyens du numérique. Mémoire, diffusion et accès à l'information paraissent désormais illimités.

Bref, au cours du temps, entre l'oubli et la mémoire, le premier s'est toujours plus naturellement imposé, tandis que des efforts positifs devaient être déployés afin d'assurer et entretenir la mémoire. Comme il a été fait remarquer, avec le développement des technologies de l'information, l'on assiste aujourd'hui à une inversion des rapports entre la mémoire et l'oubli⁶. Plusieurs facteurs y contribuent.

À la faveur d'une diversité de « traitements invisibles », c'est-à-dire réalisés à l'insu des usagers non avertis (captation des mots clés introduits dans les moteurs de recherche, *cookies* combinés à des hyperliens invisibles, etc.)⁷, toutes les traces laissées sur le Web sont enregistrées et conservées sous forme numérique. Il en est de même en ce qui concerne quantité de données personnelles que nous livrons volontairement (à l'occasion d'un achat en ligne, de la participation à un concours ou à un jeu en ligne...).

La question est d'autant plus inquiétante qu'au lieu de résulter du processus naturel par lequel l'homme se souvient, la mémoire numérique se construit mécaniquement par la collecte et l'agrégation de traces et données personnelles disparates. Les « profils » des individus ainsi élaborés subissent de constants réagencements, au gré des manipulations opérées automatiquement sur la base de corrélations statistiques entre phénomènes (achats, consultations de sites, interrogation de moteurs de recherche...). Les « images numériques » ainsi produites, suivant des algorithmes aussi complexes que peu transparents, risquent d'échapper

6. V. les nombreuses références à la littérature anglo-saxonne citées par A. ROUVROY, « Réinventer l'art d'oublier et de se faire oublier dans la société de l'information ? », p. 3, note 5, disponible à l'adresse http://works.bepress.com/antoINETTE_rouvroy/5 (version augmentée du texte paru dans l'ouvrage collectif édité par S. LACOUR, *La sécurité de l'individu numérisé. Réflexions prospectives et internationales*, L'Harmattan, 2009).

7. Cf. J.-M. DINANT, « Les traitements invisibles sur Internet », in E. MONTERO (dir.), *Droit des technologies de l'information – Regards prospectifs*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 271-294.

au contrôle des individus et de ne plus refléter la réalité, à mesure qu'elles s'éloignent du contexte spatio-temporel initial dans lequel les traces et données ont été collectées⁸.

Mais il y a plus. Quantité d'informations sont publiées en ligne par nous-mêmes (profil sur les réseaux sociaux, articles ou vidéos téléchargés sur un site de partage...) ou par des tiers sur notre compte (articles de presse, commentaires postés dans des blogs...) et conservées, en mémoire cache, sur le long terme. Par défaut, toutes ces données et informations (textuelles, sonores, visuelles) sont durablement mémorisées, tandis que l'oubli nécessite une action positive d'effacement des données. De règle qu'il était, l'oubli devient l'exception.

En outre, par le biais de moteurs de recherche toujours plus puissants et efficaces, toutes ces données enfouies dans l'immense et impérissable mémoire du Web sont aisément mobilisables et rendues accessibles au tout venant. Ces formidables outils de conservation et de localisation des informations font sans doute le bonheur des journalistes d'investigation, des historiens et autres chercheurs. D'autres, en revanche, déplorent ce phénomène qui porte atteinte à leur capacité de changer ou à leur volonté de projeter une autre image d'eux-mêmes. Tel demandeur d'emploi se retrouve prisonnier du profil *Facebook* publié alors qu'il était adolescent. Telle personne supporte mal qu'un article de presse imprécis ou « désagréable », écrit sur son compte il y a longtemps et conservé dans les archives accessibles en ligne, refasse surface chaque fois que son nom est entré dans un moteur de recherche. Tel autre se morfond de voir réapparaître sans cesse, moteurs de recherche aidant, un écrit de jeunesse fortement engagé et qui ne correspond plus à l'état actuel de ses conceptions philosophiques ou politiques. Tel personnage public n'apprécie pas que de vieux articles de presse relatant des condamnations de jeunesse reviennent à la surface par le biais des

archives de presse en ligne⁹. Ces personnes voudraient se faire oublier et revendiquent « un droit à l'oubli numérique ».

La question du droit à l'oubli n'est pas complètement nouvelle (I), même si elle se pose avec une plus grande acuité et en des termes nouveaux dans le contexte de la société de l'information (II).

I. Les premières formes de reconnaissance d'un « droit à l'oubli »

Le « droit à l'oubli » se présente, au départ, dans des contextes et sous des visages différents. Il ne répond pas moins à une préoccupation commune : les individus ne veulent pas se voir coller une étiquette définitive, qui les fige dans une image dépassée et fait fi de leur liberté de changer, d'évoluer, de tourner une page et emprunter de nouveaux chemins.

Ce souci, largement et légitimement partagé, a commencé à se manifester en lien étroit avec le développement des médias de masse, qui va de pair avec le risque de redivulgateur à grande échelle, par des organes de presse, du passé judiciaire d'une personne (A).

L'émergence d'une autre forme de « droit à l'oubli » est liée à l'essor de l'informatique, qui s'accompagne de possibilités de conservation et de traitement illimités de données à caractère personnel (B).

On rappelle brièvement ces deux premières formes de reconnaissance d'un « droit à l'oubli ».

8. À ce sujet et pour d'autres considérations, V. parmi d'autres, A. Rouvroy, *op. cit.*, p. 11 et s.

9. V., par exemple, Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 16 mai 2013, disponible sur www.legalis.net, cassant l'arrêt déferé à sa censure au motif que « si la circonstance que les écrits incriminés ont eu pour objet de porter à la connaissance du public les agissements dans leur jeunesse de deux hommes politiques peut justifier, en cas de bonne foi de leur auteur, la diffamation, il ne saurait en être ainsi, sauf à violer les textes précités, lorsqu'elle consiste dans le rappel de condamnations amnistiées, lequel est interdit sous peine de sanction pénale ». En l'espèce, les articles incriminés diffusés sur les sites de divers quotidiens reprenaient une coupure de presse publiée 45 ans plus tôt et relatant les frasques de deux jeunes étudiants condamnés, depuis lors engagés dans la vie politique.

A- Le droit à l'oubli du passé judiciaire

À l'origine, le « droit à l'oubli » apparaît comme une création purement prétorienne, étroitement circonscrite, dans une hypothèse précise : le rappel par la presse d'une ancienne condamnation judiciaire. Plusieurs affaires, notamment en France¹⁰ et en Belgique¹¹, ont contribué à esquisser les contours d'un « droit à l'oubli » au profit de personnes jadis condamnées en justice, mais qui, ayant purgé leur peine, ont déjà payé un tribut à la société et peuvent désormais prétendre à une vie nouvelle¹². Cette aspiration – dont on pressent la légitimité – suppose que ne soit pas rappelés inopportunément par la presse leurs errements passés pour lesquels elles ont été jugées et punies¹³.

Ce « droit à l'oubli » trouve son fondement dans le droit au respect de la vie privée, consacré au niveau national¹⁴ et international¹⁵.

Il convient naturellement de mettre en balance ce droit à l'oubli et le droit à la liberté d'expression, également protégé¹⁶. Il ressort de divers arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme que la balance penche en faveur de l'un ou l'autre de ces droits en fonction des circonstances d'espèce¹⁷.

Parmi les conditions et limites assignées au droit à l'oubli par les cours et tribunaux, on retiendra les suivantes¹⁸:

10. T.G.I. Paris, 20 avril 1983, *J.C.P.*, 1983, II, 20434, obs. LINDON.
11. Civ. Namur (1^{re} ch.), 17 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 781 et note A. STROWEL ; Bruxelles, 21 décembre 1995, *J.T.*, 1996, p. 47.
12. Pour un commentaire de ces premières décisions judiciaires, voy. J. LE CLAINCHE, « L'adaptation du 'droit à l'oubli' au contexte numérique », *Rev. eur. dr. consom.*, 2012/1, pp. 39-60, spéc. p. 44 et s.
13. Pour une autre illustration, Civ. Bruxelles (20^e ch.), 20 septembre 2001, *A&M*, 2002/1, p. 77.
14. Article 22 de la Constitution belge.
15. Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ; article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.
16. Article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.
17. Cf. les arrêts épinglés par E. DEFREYNE, « Le droit à l'oubli et les archives journalistiques », *R.D.T.I.*, n° 51, 2013, p. 80.
18. Cf. A. STROWEL, « Le droit à l'oubli du condamné : après le moment du compte rendu, vient le temps du silence », in *L'accélération du temps juridique*, sous la direction de Ph. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Publications des FUSL, 2000, pp. 737-748 ; E. DEFREYNE, *op. cit.*, pp. 81-82.

- Étant enraciné dans le droit à la vie privée, le droit à l'oubli n'est pas reconnu aux personnes publiquement exposées (personnes politiques, dirigeants de grandes entreprises...).
- Il doit s'agir de faits qui ont donné lieu à une condamnation judiciaire.
- Si les faits revêtent une indéniable valeur d'actualité, le droit à l'oubli doit céder devant le droit d'informer et le droit à l'information.
- Il y a lieu également de tenir compte du laps de temps écoulé entre le moment de la condamnation et le rappel des faits par l'organe de presse. Cela étant, il va de soi que les faits qui présentent une indéniable portée historique peuvent en permanence faire l'objet d'une nouvelle divulgation.
- Enfin, l'intérêt à la resocialisation de la personne condamnée doit être mis en balance avec l'intérêt du public à l'information.

Les chroniques judiciaires de la presse jouent un important rôle cathartique : elles contribuent à purger la violence des émotions collectives par l'évocation publique des faits délictueux, des jugements et des peines. Il y a toutefois un temps pour la ritualisation judiciaire et son écho médiatique... et un temps pour le silence. En imposant la forme d'oubli, le droit empêche les médias de raconter une histoire sans fin, dans l'espoir qu'à la dramatisation succède la pacification¹⁹.

B- Le « droit à l'oubli » et le traitement de données à caractère personnel

Il est une autre préoccupation des citoyens, à laquelle font écho les législations de protection des données à caractère personnel. Elles entendent que les données à caractère personnel collectées par quel organisme, administration publique ou entreprise en vue d'une finalité déterminée et légitime ne soient pas conservées au-delà de la période nécessaire pour atteindre ladite finalité. Ils refusent aussi que ces données soient exploitées et traitées des données les concernant qui ne seraient plus pertinentes eu égard aux finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou qui ne seraient plus à jour.

19. Pour des considérations analogues, A. STROWEL, *op. cit.*, pp. 747-748.

Un « droit à l'oubli » n'est pas explicitement consacré dans les législations relatives aux données à caractère personnel²⁰. Tout au plus peut-on considérer qu'il y affleure. Il est souvent observé qu'une forme de droit à l'oubli est *implicitement* consacrée, à travers des *manifestations indirectes*, dans lesdites législations²¹. Plusieurs dispositions de la directive 95/46 sont mentionnées en ce sens.

Il y est prévu que les données à caractère personnel doivent être collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et *ne peuvent être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités*. (art. 6, § 1^{er}, b, de la directive). Les données doivent être exactes et, si nécessaire, *mises à jour* ; et toutes les mesures raisonnables doivent être prises pour que les *données inexactes ou incomplètes*, au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement, soient *effacées ou rectifiées* (art. 6, § 1^{er}, d). Les données à caractère personnel doivent être *conservées* sous une forme permettant l'identification des personnes concernées *pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement* (art. 6, § 1^{er}, e).

Il est ajouté que toute personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement, selon le cas, la rectification, l'*effacement* ou le verrouillage des données dont le traitement n'est pas conforme à la directive (art. 12, b). Enfin, la personne concernée se voit reconnaître le *droit de s'opposer* à certains types de traitement – notamment à des fins de prospection –, ce qui suppose que les données à caractère personnel enregistrées et conservées soient *effacées* ou à tout le moins *rendues inutilisables* (cf. art. 14).

20. Soit les législations nationales transposant la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, J.O.C.E., 23 novembre 1995, n° L 281/31.

21. Parmi d'autres, Trans-Europe-Experts (groupe de travail sur les données à caractère personnel), *Pré-rapport sur le droit à l'oubli numérique*, par. M. CLÉMENT-FONTAINE et R. AMARO, 2 octobre 2013, n° 7 et s.; E. DEFREYNE, *op. cit.*, spéc. p. 84; A. ARAMAZANI, « Le droit à l'oubli et internet, R.D.T.I. », n° 43/2011, p. 34 et s.

En substance, ce texte – ou plus exactement les lois qui l'ont intégré dans les droits nationaux de l'Union européenne – dessine, de façon indirecte et implicite, les contours de ce qui s'apparente à un « droit à l'oubli numérique » ou, au moins, s'en approche. Notons, au passage, qu'à l'instar du « droit à l'oubli du passé judiciaire », cette autre forme de droit à l'oubli trouve aussi un fondement dans le droit au respect de la vie privée. En effet, en dépit de son autonomisation progressive, le droit à la protection des données à caractère personnel peut toujours se rattacher au droit à la vie privée, qui, de plus en plus largement conçu, comprend certes, au premier chef, une dimension privée (interdiction de publication de données relatives à l'intimité de la personne), mais aussi une dimension sociale (droit de nouer des relations avec autrui), pour s'étendre aujourd'hui au libre épanouissement du sujet, ce qui implique une maîtrise sur les données informationnelles le concernant²².

Ce germe de droit à l'oubli comporte deux aspects qui actent une prise en compte des effets de l'écoulement du temps : d'une part, l'obligation faite au responsable de traitement d'effacer les données à caractère personnel au terme de la période nécessaire pour atteindre les finalités qui ont justifié leur collecte et leur traitement ; d'autre part, le droit de toute personne à l'effacement des données la concernant en cas d'erreur, de péremption ou d'exploitation (utilisation, conservation, communication) non conforme à la loi ou encore en cas d'opposition à certains traitements.

Il reste que la directive 95/46 ne consacre *pas de droit général à l'oubli* – au sens où il est aujourd'hui communément entendu et revendiqué – comme droit de faire cesser ou restreindre la *diffusion* de données que l'intéressé juge préjudiciables à ses préférences ou intérêts. Cette directive ne permet pas de répondre aux attentes actuelles des citoyens dans un contexte qui s'est fortement modifié. Elle avait grand besoin d'être modernisée et adaptée aux multiples développements de l'internet. Parmi ceux-ci, il suffit de mentionner l'avènement des services 2.0 – fondés sur la participation dynamique des usagers dans

22. Pour un développement et des références, v. E. DEFREYNE, « Le droit à l'oubli et les archives journalistiques », R.D.T.I., n° 51, 2013, p. 75 et s., spéc. pp. 86-87.

la création et la diffusion en ligne des contenus – et le rôle central joué par les moteurs de recherche sur le terrain de l'accès à l'information. Ces simples exemples suggèrent combien le contexte et les enjeux du problème ont pu évoluer en deux décennies. D'où une proposition de règlement actuellement en débat et dans laquelle figure un article 17 qui consacre, expressément cette fois, un « Droit à l'oubli numérique et à l'effacement »²³.

Étant donné la nature de la présente contribution, il n'est pas dans notre intention de commenter par le menu cette disposition particulièrement longue et touffue (neuf paragraphes, dont la plupart sont subdivisés en plusieurs points...). Elle rassemble et développe, sous un intitulé des plus explicites, les diverses prérogatives exposées plus haut.

On se borne à relever certains aspects, en soulignant les plus nouveaux. Au titre du droit à l'oubli, est reconnu à la personne concernée le droit d'obtenir *du responsable du traitement* l'effacement de données à caractère personnel et la cessation de la diffusion de ces données, non seulement dans le cas particulier où *elle avait rendu celles-ci disponibles lorsqu'elle était enfant* (!), mais aussi lorsque :

- a) les données ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées ;
- b) la personne concernée *retire le consentement* sur lequel est fondé le traitement (conformément à l'article 6, § 1^{er}, a²⁴) ou lorsque le délai de conservation autorisé a expiré et qu'il n'existe pas d'autre motif légal au traitement des données ;
- c) la personne concernée s'oppose au traitement des données à caractère personnel (en vertu de l'article 19) ;
- d) le traitement des données n'est pas conforme au présent règlement pour d'autres motifs.

23. Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), 25 janvier 2012, COM(2012) 11 final.

24. Cette disposition est une autre originalité du projet de règlement. Elle donne à la personne qui a consenti au traitement de ses données pour des finalités déterminées la possibilité de retirer son consentement, auquel cas tout traitement ultérieur deviendrait illicite.

Le deuxième paragraphe précise les modalités de mise en œuvre du droit à l'oubli. Il impose au responsable du traitement qui a recueilli les données à caractère personnel de prendre toutes mesures raisonnables en vue d'informer les tiers qui traitent les données qu'une personne concernée leur demande d'effacer tous les copies ou toute copie ou reproduction de celles-ci. Lorsque le responsable du traitement a autorisé un tiers à publier des données à caractère personnel, il est réputé responsable de cette publication.

Ce paragraphe assez obscur soulève bien des interrogations. Qu'entend-on par « mesures raisonnables » ? Que se passe-t-il si les créateurs (manuels et automatiques ?) d'hyperliens n'ont pu identifier et contacter ou s'ils ne donnent aucune suite efficace à la demande qui leur est adressée ? Remarquons aussi que la portée du droit à l'oubli est fortement limitée par la circonstance qu'il ne peut s'opposer qu'au responsable du traitement.

Il ressort du troisième paragraphe que l'obligation faite au responsable du traitement de procéder sans délai à l'effacement des données comporte plusieurs exceptions, notamment lorsque la conservation des données à caractère personnel est nécessaire à l'exercice du droit à la liberté d'expression ou à des fins de recherche historique, statistique ou scientifique. Ces exceptions prennent en compte l'évidente nécessité de mettre en balance la protection des données à caractère personnel et le droit à l'oubli, d'une part, et d'autres libertés fondamentales telles que la liberté d'expression et la liberté d'accès à l'information, d'autre part. Observons encore qu'en certaines hypothèses énumérées au paragraphe 4, une limitation au traitement des données à caractère personnel est imposée en lieu et place de l'obligation d'effacement.

Nous n'en dirons pas davantage sur ce projet de texte fort controversé et qui devrait encore évoluer²⁵. Sans doute, en sa mouture actuelle, il loin de rencontrer toutes les attentes des citoyens face aux multiples modalités et manifestations des flux et reflux d'anciennes données :

25. Cf. également les nombreuses questions relevées par Trans-Europe-Experts (groupe de travail sur les données à caractère personnel), *Le droit à l'oubli numérique*, compte-rendu de la séance du 2 octobre 2013.

informations les concernant. À titre d'exemple, le « droit à l'oubli », en ces différentes déclinaisons dans la directive 95/46/CE ou tel qu'il se profile dans le projet de règlement évoqué, est opposable au seul *responsable du traitement* des données à caractère personnel. Or, en principe²⁶, pareil statut ne trouve pas à s'appliquer aux fournisseurs de moteurs de recherche par le truchement desquels une large diffusion et une facilité d'accès sont procurées aux données que l'on voudrait voir reléguées dans l'oubli. Cette nouvelle et irritante dimension du problème semble malaisée à affronter. Où l'on voit que la question du droit à l'oubli doit être reconsidérée à nouveaux frais dans le contexte de ce qu'il est convenu d'appeler la « société de l'information ».

II. Le droit à l'oubli dans la société de l'information

Récapitulons. Les zones d'ombre et questions ne manquent pas lorsqu'est évoquée aujourd'hui la notion de « droit à l'oubli numérique ». Pareil droit semble consacré de façon indirecte et implicite dans la directive 95/46/CE, tandis qu'il est expressément inscrit dans le projet de règlement général sur la protection des données. Cela étant, la directive concerne des données qui n'ont pas particulièrement vocation à être diffusées : sa préoccupation de fond est, pour ainsi dire, de protéger les personnes contre le fichage, en réglementant et limitant les possibilités de collecte, utilisation et conservation de données permettant l'identification directe ou indirecte des personnes²⁷. S'il est permis d'y reconnaître une forme de droit à l'oubli, celui-ci s'entend dans une optique – limitée – de respect des finalités déterminées en vue desquelles les données ont été collectées et d'interdiction de conservation au-delà du temps nécessaire au traitement. Quant à l'article 17 du projet de règlement, il semble conçu dans une perspective à peine plus large. Il ressort des textes – en vigueur ou en projet – que le débiteur

26. Des exceptions sont envisagées plus loin.

27. Nous ne nions pas que la diffusion de données soit considérée comme un « traitement », mais voulons souligner que l'un des enjeux essentiels de la directive 95/46 était de cibler le « responsable du traitement » comme débiteur de l'ensemble des obligations du dispositif. À cet égard, la directive en question n'est pas l'instrument idéal pour rencontrer l'aspiration à l'oubli par rapport à des données largement disséminées sur le Web. Nous reviendrons sur ce point.

principal de l'obligation d'effacement des données est le « responsable du traitement », au sens des législations sur la protection des données à caractère personnel. Les fournisseurs de services de moteur de recherche ne semblent pas considérés comme tel, mais comme des « tiers » dans le projet d'article 17, § 2²⁸.

En définitive, on passe largement à côté des véritables enjeux et attentes des citoyens vis-à-vis d'un « droit à l'oubli numérique » réclamé avec force. Aussi convient-il de mieux rendre compte du contexte et des nouveaux enjeux liés à la revendication insistante d'un « droit à l'oubli numérique », ce qui nous conduira à interroger les fondements de pareil droit et à en cerner les contours (A). Encore faut-il prendre la mesure des multiples obstacles juridiques, techniques et de principe à l'heure de concrétiser les solutions susceptibles de rendre effectif le « droit à l'oubli numérique » (B).

A- Enjeux, fondements et contours du « droit à l'oubli numérique »

C'est, à notre sens, l'avènement des *archives numériques* et leur disponibilité sur le Web, combinés à leur *indexation par les moteurs de recherche*, qui, modifiant profondément les enjeux et les modalités de l'accès à l'information, ont fait surgir dans toute son acuité la préoccupation pour un « droit à l'oubli numérique ». Il convient de remarquer que le phénomène comporte un double aspect.

Il y a tout d'abord la constitution d'archives numériques et leur mise en ligne par le biais de l'internet. L'on songe non seulement aux archives des journaux, mais aussi à celles des blogs, forums de discussion, réseaux sociaux et autres sites de partage. Il n'échappe à personne combien l'archivage numérique bouleverse les conditions de l'accès à l'information. Là où, jadis, pour retrouver un ancien document ou article de presse, il fallait mener de longues et fastidieuses recherches parmi les rangées de caisses ou d'étagères localisées dans des caves et

28. En ce sens, Conclusions de l'avocat général N. JÄÄSKINEN, présentées le 25 juin 2013, dans l'affaire C-131/12, *Google Spain c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD, agence espagnole de protection des données)* et Mario C.G.

locaux épars, il peut suffire aujourd'hui d'introduire un nom propre ou un mot clé dans le moteur d'un site web pour retrouver l'information pertinente. Il s'agit là d'une aubaine particulièrement appréciable pour les historiens, journalistes et chercheurs. Mais la médaille a son revers : ces nouvelles facilités d'accès peuvent se révéler plus gênantes pour tous ceux qui auraient préféré que soient définitivement reléguées dans l'oubli d'anciennes et compromettantes prises de positions, opinions, fréquentations...

L'indexation automatique des sites par les moteurs de recherche donne un tour potentiellement plus dramatique à la préoccupation évoquée. Il suffit, en effet, de « googleliser » un nom propre pour retrouver des commentaires ou des photos compromettants postés par un jeune adolescent devenu entretemps demandeur d'emploi. En voilà un qui souhaiterait bénéficier d'un droit à l'oubli numérique, à l'instar de l'honnête professionnel ayant fait un jour l'objet d'un article maladroit voire malicieux réapparaissant parmi les hyperliens qui s'affichent chaque fois qu'un client ou un partenaire introduit ses nom et prénom dans un moteur de recherche. Il y a encore celui qui a été mis en cause dans une affaire trouble, abondamment relatée dans la presse, et qui se trouve complètement blanchi depuis lors... et aimerait que son nom ne soit plus associé à cette affaire du passé. On comprend que les cas de figure sont légion et on ne s'étonne guère que les éditeurs de sites soient de plus en plus souvent confrontés à des demandes de suppression ou d'anonymisation d'articles anciens archivés et accessibles par le biais de l'internet. Pour leur part, les fournisseurs de moteur de recherche ont à répondre à des demandes de déréférencement.

Ces considérations veulent mettre en lumière que le vrai problème gît dans l'*amplitude de la dissémination* qui peut être donnée aujourd'hui à l'information. Il est à souligner que ce sont les moteurs de recherche qui sont les plus efficaces (ou redoutables, c'est selon) vecteurs de propagation de l'information. D'où la tentation de diriger contre eux les actions destinées à donner corps au droit à l'oubli. Ils sont effectivement les mieux à même de faire cesser ou, au moins, de réduire l'amplification de l'information gênante.

Dès l'instant où le cœur du problème n'est plus seulement la collecte, le traitement et la conservation de données à caractère personnel, mais la *diffusion* (à grande échelle) de l'information, on est amené à réinterroger le fondement du droit à l'oubli²⁹.

Soit on s'inscrit dans une optique de traitement loyal des données conformément aux principes de finalité et de proportionnalité. Il en résulte, d'une part, que les données ne peuvent être traitées que pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, d'autre part, qu'elles doivent être adéquates, pertinentes, non excessives et actualisées, sans pouvoir être conservées au-delà du temps nécessaire pour atteindre les finalités. Les données n'ont pas particulièrement vocation à être diffusées et on comprend que les demandes d'effacement doivent être adressées au « responsable du traitement ». C'est dans cette optique restreinte que semble s'inscrire la proposition de révision de la directive du 24 octobre 1995 dès lors que la Commission européenne se propose d'y « clarifier le 'droit à l'oubli', c'est-à-dire le droit en vertu duquel les personnes peuvent obtenir l'arrêt du traitement des données les concernant et l'effacement de celles-ci lorsqu'elles ne sont plus nécessaires à des fins légitimes »³⁰.

Soit on inscrit plus résolument le « droit à l'oubli numérique » dans une optique de protection de la vie privée, en considérant que l'image de soi projetée dans le passé (par soi-même ou par un tiers) ne doit pas entraver l'épanouissement personnel. Dans cette approche, dont on ne serait pas étonné qu'elle soit tôt ou tard prônée par la Cour européenne des droits de l'homme, le « droit à l'oubli numérique » concerne tout qui contribue à la diffusion des données. Les fournisseurs de services de moteur de recherche sont concernés, mais, si l'on entend s'attaquer à la source du problème, ils sont loin d'être les seuls : les éditeurs et prestataires d'hébergement peuvent aussi être mis à contribution pour effacer une information ou la rendre inaccessible. Cela étant, dès lors que l'information fait l'objet d'une *diffusion*, les termes de la question

29. Cette réflexion s'inspire d'une éclairante idée émise par J. ROCHFELD, compte-rendu de la séance du 2 octobre 2013 du groupe de travail Trans-Europe-Experts, précité, p. 6.

30. « Une approche globale de la protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne », 4 novembre 2010, COM(2010), 609 final, p. 20.

sont modifiés car l'on se trouve résolument en présence d'un conflit de libertés. Il s'agit de trouver un équilibre entre plusieurs droits fondamentaux tels que la liberté d'expression (qui comprend la liberté de communiquer et de recevoir des informations), la liberté d'entreprise..., d'une part, et la protection des données à caractère personnel et de la vie privée, à laquelle ressortirait le droit à l'oubli, d'autre part.

Du coup, on voit mal qu'il soit possible d'affirmer sans nuance un droit général à l'oubli numérique, qui se concrétiserait en un droit à l'effacement ou au retrait, tant il est vrai qu'il devra le plus souvent être mis en balance avec les droits et libertés concurrents. Rien n'empêche toutefois de concevoir des régimes spéciaux applicables dans des situations déterminées. Ainsi a-t-il été suggéré, suivant des modalités diverses, que les acteurs concernés pourraient accorder aux mineurs, soit pendant leur minorité, soit pendant un certain temps à compter de leur majorité, le droit de solliciter l'effacement de toutes les données postées durant leur minorité sur les réseaux sociaux (de type Facebook) ou les blogs les concernant³¹. Mais il faut bien avouer qu'*a priori* nous ne sommes pas friand de ce genre de « lois sur mesure » dans un contexte si mouvant³².

En définitive, hormis d'hypothétiques régimes (très) spéciaux de droit à l'oubli numérique, ce dernier devra généralement être mis en balance avec les droits et libertés d'importance équivalente. À cet égard, comme on va le voir à présent, les difficultés d'ordre théorique et pratique ne manquent pas.

31. Cf. le Rapport établi par CYBERLEX, *L'oubli numérique est-il de droit face à une mémoire numérique illimitée ?*, 25 mai 2010 (pour une synthèse de ce rapport, v. M. BERGUIG et C. THIÉACHE, même titre, *R.L.D.J.*, n° 62, 2010, n° 2039, pp. 34-38 ; P. BLOCHE et P. VERCHÈRE, *Rapport d'information sur les droits de l'individu dans la révolution numérique*, rapp. de l'Assemblée Nationale, n° 3560, juin 2011, p. 160 ; Trans-Europe-Experts, *Pré-rapport sur le droit à l'oubli numérique*, op. cit., 2013, n° 32.

32. Et puis pourquoi réserver cette faveur aux enfants ? Les adultes peuvent aussi avoir de bonnes raisons de vouloir « tourner la page ». Du reste, n'est-on pas plus enclin à pardonner à un mineur d'âge des fautes de jugement passées ?

B-Vers un droit à l'effacement des données et au déréférencement ?

Il n'est pas inutile de préciser à nouveau l'hypothèse qui retient notre attention. Ne sont pas concernés par notre propos les contenus considérés comme illicites au moment où ils sont mis en ligne, qu'il s'agisse d'articles de presse diffamatoires, de commentaires attentatoires à la vie privée postés dans des blogs ou groupes de discussion, de photos placées sur des réseaux sociaux au mépris de droits à l'image... Divers moyens juridiques existent d'ores et déjà pour faire face à ces types de contentieux³³. Il est possible d'adresser une *notification* à un intermédiaire technique, tel l'hébergeur ou le fournisseur d'accès, de manière à obtenir qu'il retire le contenu illicite ou bloque l'accès à celui-ci. La personne lésée a aussi le loisir de demander à un juge de prononcer une *injonction* à l'encontre d'un intermédiaire technique, lui ordonnant de prendre des mesures efficaces afin de mettre fin à la violation des droits de l'intéressé³⁴. Encore ce dernier peut-il porter plainte avec constitution de partie civile ou *agir en responsabilité* civile contre l'auteur ou l'éditeur du contenu illicite. Tôt ou tard, il devrait être également envisageable d'exiger l'insertion d'un *droit de réponse* dans un journal en ligne³⁵.

Le « droit à l'oubli numérique » concerne plus précisément des informations qui étaient correctes et licites au moment de leur publication en ligne, ou inexacts, incomplètes, peu nuancées voire franchement offensantes, mais n'ayant en tout cas pas donné lieu à une

33. À ce sujet, parmi d'autres, E. MONTERO, « Le domaine de l'internet : réflexions autour de quelques affaires emblématiques », in *Droit de la responsabilité civile. Domaines choisis*, CUP, n° 119, Bruxelles, Anthemis, 2010, pp. 185-225.

34. Pour une illustration récente, v. T.G.I. Paris (17^e ch.), 6 novembre 2013, *Max M. c. Google France, Google Inc.*, disponible sur www.legalis.net, qui enjoint à Google de faire cesser l'affichage, parmi ses résultats de recherche, de neuf photos portant atteinte à la vie privée du demandeur (extraits de scènes sexuelles captées à son insu). Les clichés, dont la diffusion avait été interdite en France et en Grande-Bretagne, s'étaient retrouvés sur Internet et avaient été référencés sur Google Images.

35. Cf. Conseil de l'Europe, Rec. (2004) 16 du Comité des ministres aux États membres sur le droit de réponse dans le nouvel environnement des médias, adoptée le 15 décembre 2004 lors de la 909^e réunion des délégués des ministres, disponible sur <http://www.coe.int>.

action en justice, et qui deviennent dérangeantes ou préjudiciables par l'écoulement du temps³⁶.

C'est l'effectivité des droits à l'honneur ou à la bonne réputation, à la vie privée ou encore à l'image qui est menacée par la réapparition, parmi les résultats des moteurs de recherche, de contenus gênants, désagréables et préjudiciables, et ce, des années après leur mise en ligne. La revendication d'un droit à l'oubli numérique répond à une préoccupation apparemment légitime. Au titre des remèdes ou sanctions, on songe, au moins, à trois types d'action. La plus radicale est la *suppression ou l'effacement* des données querellées. Moins radicale est l'action sur le terrain de l'accès à l'information, moyennant la *désindexation ou le déréférencement*. Entre les deux, est parfois évoquée la possibilité d'obtenir, auprès des éditeurs, l'*anonymisation* des informations. Ces solutions sont-elles axiologiquement opportunes, juridiquement recevables et techniquement efficaces ?

Une fois qu'un contenu a été rendu public – fût-il inexact, imprécis, injuste, offensant, etc. –, il appartient au domaine public. D'une part, l'on comprendrait que fut accordé à l'auteur dudit contenu une sorte de droit immédiat à l'oubli, c'est-à-dire au retrait ou à l'effacement. En tout état de cause, il est comptable des propos diffusés auprès du public et doit être prêt à en répondre. D'autre part, un contenu mis en ligne révèle une opinion émise, à un moment donné, à propos d'une personne, organisation ou entreprise... ou encore illustre comment une question a été perçue dans le débat public..., ce qui représente un intérêt journalistique, sociologique, historique... Ordonner l'effacement d'une information licitement révélée et désormais archivée ne paraît pas une mesure souhaitable pour une question de principe : les droits de la mémoire historique et de la recherche scientifique. L'éventualité ici évoquée n'est pas sans rappeler la manipulation à des fins politiques des archives décrite dans *1984* de Georges Orwell. L'auteur explique que de continuelles retouches étaient apportées non seulement aux journaux,

36. Précisons qu'aux conditions fixées par la jurisprudence, le droit à l'oubli 'classique' peut naturellement être invoqué dans le cas où une vieille condamnation judiciaire est rappelée dans un article de presse, y compris en ligne, sans utilité pour un quelconque débat d'intérêt public.

mais aussi aux livres, périodiques, pamphlets, affiches, enregistrements sonores, photographies..., à tous les genres imaginables de documentation qui pouvaient comporter quelque signification politique ou idéologique. « (...) L'Histoire tout entière était un palimpseste gratté et réécrit aussi souvent que c'était nécessaire »³⁷.

Les conclusions de l'avocat général N. Jääskinen dans l'affaire *Google Spain c. AEPD* démontrent de façon convaincante que le droit positif européen ne consacre aucun droit à l'oubli numérique permettant d'exiger d'un moteur de recherche qu'il déréférence un contenu licitement publié³⁸.

En l'espèce, un citoyen espagnol souhaitait que le célèbre moteur de recherche supprime de son index la référence à deux annonces, publiées en 1998 dans l'édition papier d'un grand journal qui fut ultérieurement mis en ligne. Elles concernaient une adjudication sur saisie immobilière, pratiquée en recouvrement de dettes de sécurité sociale. Estimant la procédure clôturée et réglée de longue date, la personne concernée a contacté *Google Spain*, en février 2010, et réclamé que les résultats de recherche apparaissant à l'écran lorsque ses prénom et noms sont introduits dans le moteur de recherche n'affichent plus de lien vers les articles. Elle a également tenté d'obtenir auprès de l'AEPD (agence espagnole de protection des données) que l'éditeur se voit ordonner de supprimer ou modifier la publication et que le moteur de recherche trouve le moyen d'occulter les liens vers les articles. L'Agence rejette la réclamation dirigée contre l'éditeur, mais demande à *Google Spain* et *Google Inc.* de prendre les mesures nécessaires pour retirer les données de leur index et de rendre l'accès futur à ces dernières impossible. *Google* porte l'affaire en justice, en demandant l'annulation de la décision de l'AEPD, et la juridiction saisie a sursis à statuer et posé diverses questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). L'une d'elles concerne le droit à l'oubli et le point de savoir

37. G. ORWELL, *1984*, Gallimard, 1950, rééd. Folio, 1972, pp. 62-63.

38. Conclusions de l'avocat général N. JÄÄSKINEN, présentées le 25 juin 2013, *Google Spain c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD, agence espagnole de protection des données)* et *Mario C.G.*, aff. C-131/12. L'obligation faite à un éditeur de supprimer un contenu autrefois licitement publié est pareillement sujette à caution.

si les personnes concernées peuvent demander que tout ou partie des résultats de recherche les concernant ne soient plus accessibles au moyen du moteur de recherche.

Comme il a déjà été suggéré, les fournisseurs de service de moteur de recherche n'ont en principe pas le statut de « responsable du traitement » à l'égard des pages web gérées par des tiers, même si celles-ci contiennent des données à caractère personnel³⁹. En effet, le traitement qu'ils opèrent porte sur des millions de pages, éditées par des tiers et mêlant données à caractère personnel et autres données de natures diverses. Ils ne peuvent être considérés comme personne qui détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel (cf. art. 2, d, de la directive 95/46) car ils ne traitent pas ces dernières en tant que telles.

Sauf exceptions (par exemple, lorsqu'ils agrègent eux-mêmes des données disponibles sur des réseaux sociaux afin de dresser des profils d'utilisateur, les fournisseurs de services de moteur de recherche se cantonnent dans un rôle d'intermédiaire technique entre les éditeurs et les utilisateurs. À ce titre, tout en bénéficiant sans doute du régime de faveur accordé à l'activité d'hébergement⁴⁰, à condition de demeurer passifs à l'égard des contenus⁴¹, ils peuvent être sollicités de mettre fin à une situation illicite. Tel ne semble toutefois pas être le cas lorsqu'ils dirigent leurs utilisateurs vers des articles licitement publiés⁴². N'ayant

pas le statut de « responsable du traitement », les moteurs de recherche ne peuvent en tout cas pas être considérés comme débiteurs de l'obligation d'effacement, déduite de la directive européenne relative à la protection des données, notamment de l'article 14 (droit d'opposition), invoqué en l'espèce par la personne concernée⁴³. À supposer même qu'un fondement légal puisse être assigné à quelque « droit à l'oubli numérique », le retrait d'une information publiée licitement – ou non ? (voir ci-après) – constituerait une mesure disproportionnée en regard du droit des *usagers de l'internet* à recevoir et à communiquer des informations⁴⁴. Il en serait de même en ce qui concerne la mise en balance de pareille mesure avec la *liberté d'expression dont bénéficient les éditeurs des pages web*⁴⁵ ou avec la *liberté d'entreprise dont jouissent les fournisseurs commerciaux de services de moteur de recherche*⁴⁶.

Il arrive néanmoins que l'action soit dirigée contre le moteur de recherche aux fins d'obtenir qu'il procède à la désindexation des sites contenant les données que l'intéressé voudrait voir disparaître? Deux jugements français, rendus dans des affaires similaires, ont accédé à ce genre de demande, en ordonnant la désindexation des nom et prénom des personnes concernées en lien avec les 'sites litigieux' sur les moteurs de recherche Google, sur des fondements différents, la loi « vie privée » dans un cas⁴⁷, ce qui supposait de reconnaître au fournisseur du service de moteur de recherche la qualité de « responsable du traitement », la LCEN⁴⁸ dans l'autre, pour qu'il soit mis fin à l'atteinte manifeste à sa vie privée⁴⁹. Dans les deux cas, une femme, ayant figuré *in illo tempore* dans des scènes pornographiques, avait tourné la page et s'était engagé dans une carrière professionnelle plus conventionnelle, avant de découvrir que les vidéos compromettantes se retrouvaient sur Internet et qu'il

39. Pour un développement, v. les Conclusions précitées de l'avocat général N. JÄÄSKINEN, dans l'affaire *Google Spain c. AEPD*, spéc. §§ 76 et s., et les références à deux Avis du Groupe « Article 29 » sur la protection des données, « Opinion 1/2008 on data protection issues related to search engines », du 4 avril 2008, spéc. p. 15 et « Avis n° 1/2010 sur les notions de 'responsable du traitement' et de 'sous-traitant' », du 16 février 2010, spéc. p. 4 et p. 10. Sur les circonstances dans lesquelles le fournisseur de services de moteur de recherche peut être regardé comme un « responsable du traitement », v. les §§ 91 à 93 des mêmes Conclusions.

40. Article 14 de la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.C.E.*, n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1.

41. Cf. CJUE, 23 mars 2010, *Google Adwords*, aff. jointes C-236/08, C-237/08 et C-238/08.

42. Cf. R. HARDOUN, « La recherche d'un équilibre entre les libertés publiques sur internet : l'effet sur les moteurs de recherche en matière de déréférencement », *R.L.D.I.*, n° 96/2013, n° 3209, pp. 98-104, spéc. n° 3.

43. Conclusions de l'avocat général N. JÄÄSKINEN, précitées, § 89.

44. Conclusions de l'avocat général N. JÄÄSKINEN, précitées, § 121.

45. *Ibid.*, § 122.

46. *Ibid.*, § 124.

47. T.G.I. Montpellier (réf.), 28 octobre 2010, *C. c. Google*, *Comm. com. électr.*, 2011, comm. 47.

48. Art. 6-I de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (transposant en droit français la directive 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique).

49. T.G.I. Paris (réf.), 15 février 2012, *Diana Z. c. Google*, *Comm. com. électr.*, 2012, comm. 54, note A. LEPAGE.

était facile d'y accéder moyennant une recherche faite à partir de leur nom sur *Google*. Les deux décisions font état d'un « droit à l'oubli » au fondement légal incertain, tout au plus implicitement rattaché au droit au respect de la vie privée. Il est à noter que ce dernier n'a fait l'objet d'aucune mise en balance avec d'autres droits fondamentaux concurrents.

L'obligation de déréférencement apparaît de toute façon une mesure relativement inefficace. « Les moteurs de recherche n'ont pas le pouvoir d'éradiquer les contenus de la Toile. En effet, leur activité qui consiste à référencer des contenus édités par des sites tiers ne leur permettent tout simplement pas d'opérer un retrait définitif des informations litigieuses »⁵⁰. Même si un contenu est déréféré d'un moteur de recherche, il n'est pas pour autant supprimé du réseau et demeure vraisemblablement accessible par de multiples autres biais : un autre moteur de recherche, des hyperliens dirigeant vers le contenu litigieux, les réseaux sociaux qui jouent aujourd'hui un rôle non négligeable en matière de référencement...

À deux reprises déjà, la Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à prendre position en matière d'archives numériques de la presse. Il n'est pas inutile de noter, à ce propos, que la Cour de justice de l'Union européenne conçoit de manière particulièrement large la notion de journalisme, sans la limiter aux organes de presse et journalistes professionnels : les principes régissant la liberté de la presse trouvent à s'appliquer dès l'instant où des informations, opinions ou idées sont communiquées au public, par quelque moyen de transmission que ce soit⁵¹.

Dans un premier arrêt, rendu le 10 mars 2009 en l'affaire *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni*, la haute Cour de Strasbourg considère que les archives numériques ressortissent au champ d'application de

l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (§ 27)⁵². Elle souligne combien la mise à disposition des archives de presse par le biais de l'internet « contribue à la préservation et à l'accessibilité de l'actualité et des informations. Les archives en question constituent une source précieuse pour l'enseignement et les recherches historiques, notamment en ce qu'elles sont immédiatement accessibles au public et généralement gratuites » (§ 45). Il s'en suit qu'à ses yeux, « si la presse a pour fonction première de jouer le rôle de 'chien de garde' dans une société démocratique, la fonction accessoire qu'elle remplit en constituant des archives à partir d'informations déjà publiées et en les mettant à disposition du public n'est pas dénuée de valeur » (§ 45). En l'espèce, deux articles publiés par le *Times* dénonçaient un vaste système de blanchiment d'argent mis en place par la mafia russe et présentaient un certain G.L. (dont le nom est cité en toutes lettres) comme le cerveau de cette fraude à grande échelle. En dépit d'une action en justice introduite par G.L. contre le journal, les articles litigieux demeurent accessibles en ligne. Un an plus tard, constatant que cette situation est inchangée, G.L. introduit une seconde en action en diffamation, ce qui conduit les défendeurs – un peu tard – à faire surplomber les deux articles d'une mention avisant que ces derniers faisaient l'objet d'une procédure judiciaire.

Si la Cour ne conçoit pas que le quotidien anglais soit tenu de retirer purement et simplement l'article litigieux de ses archives, elle juge en revanche proportionnée l'obligation faite à la société editrice de publier un avis indiquant que les mêmes articles parus sur support papier étaient contestés en justice⁵³.

Dans un second arrêt *Wegrzynowski et Smolczewski c. Pologne*, rendu le 16 juillet 2013, la Cour européenne des droits de l'homme fait un pas de plus, en endossant les motifs des juridictions polonaises qui avaient estimé qu'il n'appartenait pas aux cours et tribunaux de

50. R. HARDOUIN, *op. cit.*, spéc. n° 2.

51. Cf. C.J.U.E. (gde ch.), 16 décembre 2008, *Tietosuoja ja valtuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy*, aff. C-73/07, spéc. § 61, publié in *R.D.T.I.*, 2010, p. 121, note C. DE TERWANGNE.

52. Cour. eur. D.H. (4^e sect.), 10 mars 2009, req. n° 3002/03 et 23676/03, *R.D.T.I.*, n° 37/2009, p. 87 et note Q. VAN ENIS.

53. Pour d'autres commentaires, Q. VAN ENIS, « Le temps ne fait rien à l'affaire... Les archives Internet du Times devant la Cour européenne des droits de l'homme », *R.D.T.I.*, n° 37/2009, p. 94 et s.

réécrire l'histoire en ordonnant le retrait de toute trace de publications, nonobstant la circonstance qu'elles avaient été jugées diffamatoires (spéc. § 65)⁵⁴.

In casu, deux avocats invoquaient une atteinte à leur réputation et se plaignaient, sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, d'un défaut de protection suffisante de l'État polonais dont les juridictions avaient refusé de faire droit à leur demande de retrait des archives numériques du journal *Rzeczpospolita* d'un article qui avait été jugé diffamatoire. Malheureusement, le jugement en question ne concernait que la version papier des articles, à défaut pour les victimes d'avoir formulé la moindre demande en ce qui concerne la version accessible via l'internet dans les archives numériques du journal.

Ici aussi, la Cour indique *expressis verbis* qu'au lieu de demander le retrait des articles querellés, le requérant aurait été mieux avisé en sollicitant des mesures moins intrusives pour la liberté d'expression, telles que l'ajout d'une référence au jugement reconnaissant le caractère diffamatoire des articles (§§ 66-67). Dans le même ordre d'idées, il n'est pas inutile de rappeler la distinction qu'il convient d'opérer entre la question du retrait d'un contenu – fût-il illicite – et celle relative à l'allocation d'éventuels dommages et intérêts. Comme il a été pertinemment remarqué, ce n'est pas parce qu'une publication est illicite, et oblige son auteur ou éditeur à réparer le dommage causé à la victime, qu'elle doit être retirée de la Toile⁵⁵. On ajoutera que si un éditeur n'est pas tenu de retirer un contenu, *a fortiori* faut-il estimer que le moteur de recherche peut continuer à diriger ses utilisateurs vers ce contenu.

Soit dit en passant, les éditeurs de pages web ont, semble-t-il, la possibilité d'insérer des « codes d'exclusion » qui constituent une invitation faite aux moteurs de recherche de pas indexer ou stocker des

pages ou de ne pas les afficher parmi les résultats de recherches⁵⁶. Mais, évidemment, les mêmes données ont pu être publiées sur un grand nombre d'autres pages web.

Plusieurs affaires judiciaires belges récentes peuvent encore être versées au dossier. Ainsi, le tribunal de première instance de Bruxelles a débouté une personne mise en cause, à tort, dans un article du *Soir* de sa demande de retrait dudit article des archives du journal. Le tribunal a considéré qu'il ne lui appartenait pas de « refaire l'histoire et de faire disparaître l'article litigieux des archives – de papier ou informatique – du journal », tout en estimant suffisante l'offre des défendeurs d'opérer un renvoi dans les archives numériques à un article ultérieur rectifiant l'erreur commise⁵⁷.

Deux autres jugements récents ont en commun qu'après avoir tenté d'obtenir, en vain, auprès d'éditeurs de presse la suppression d'articles évoquant leur passé judiciaire et toujours disponibles sur Internet, les personnes concernées ont assigné les éditeurs en justice pour réclamer, non le retrait des articles, mais leur *anonymisation*⁵⁸.

Le premier jugement a été rendu le 9 octobre 2012 par le tribunal de première instance de Bruxelles. L'affaire concerne un délinquant notoire, auteur de multiples crimes et délits ayant donné lieu à des condamnations judiciaires relatées dans divers articles de presse, toujours accessibles sur Internet. La demande d'anonymisation des articles est fondée sur diverses dispositions de la loi relative à la protection de la vie privée⁵⁹. Après avoir estimé que la mise en ligne d'un article constitue un traitement de données au sens de la loi « vie privée », le tribunal considère néanmoins que l'exception en faveur

56. Cf. Conclusions de l'avocat général N. JÄÄSKINEN, 25 juin 2013, *Google Spain c. AEPD*, précitées, §§ 41-42, et, en note 28, la référence à l'avis 1/2008, pp. 15-16, du Groupe de travail « Article 29 ».

57. Civ. Bruxelles (14^e ch.), 2 décembre 2003, *A&M*, 2004, p. 372.

58. Civ. Bruxelles (réf.), 9 octobre 2012, n° 12/5019/A, inédit, et Civ. Neufchâteau (2^e ch.), 25 janvier 2013, n° 12/258/A, inédit, commentés par E. DEFREYNE, *op. cit.*, pp. 93-96.

59. Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

54. Cour. eur. D.H., 16 juillet 2013, req. n° 33846/07.

55. R. HARDOUIN, *op. cit.*, n° 7.

du journalisme⁶⁰ trouve à s'appliquer aux archives journalistiques⁶¹. Finalement, le tribunal rejette la demande d'anonymisation, après avoir constaté que, pour les activités de journalisme, la loi n'a pas « déterminé de période au-delà de laquelle toute diffusion d'information devrait se faire de façon anonyme (...) parce que la période nécessaire pour rendre compte de l'actualité serait dépassée ».

Cette décision montre que, dans son état actuel, la directive ou la loi relative à la protection de la vie privée et des données à caractère personnel n'est pas l'instrument adéquat pour fonder un droit à l'oubli numérique dans le contexte d'une diffusion et d'un accès de masse par le biais de l'internet. Comme il a été relevé par l'avocat général N. Jääskinen, la plupart, sinon la totalité, des sites web et des fichiers qui y sont accessibles comportent des données à caractère personnel telles que des noms de personnes physiques vivantes⁶². Où l'on voit que les définitions des notions de 'données à caractère personnel', 'traitement des données à caractère personnel', 'responsable du traitement'... inscrites dans ces textes, élaborés au début des années 90, à une époque où n'existait ni le *World Wide Web* ni les moteurs de recherche, sont potentiellement applicables à des situations inédites liées aux évolutions technologiques.

Le second jugement, rendu le 25 janvier 2013 par le tribunal de première instance de Neufchâteau, fait une application au contexte de l'internet des principes dégagés en matière de droit à l'oubli du passé judiciaire. En l'espèce, le demandeur avait provoqué un grave accident de la route, alors qu'il se trouvait sous l'influence de l'alcool. Les faits avaient été relatés, avec mention du nom de l'intéressé, dans l'édition du 10 novembre 1994 du journal *Le Soir*. Le demandeur a fait l'objet d'une condamnation judiciaire, puis a été réhabilité en novembre 2006. Deux ans plus tard, *Le Soir* annonce la mise en ligne sur Internet de ses archives depuis 1989. Le tribunal estime que les faits ne présentent aucun intérêt historique, du moins en ce qui concerne l'identité de la

personne concernée. Sans doute, précise le jugement, l'article présente-t-il quelque intérêt sur le thème des accidents de la circulation en tant que phénomène de société lié au développement des véhicules automobiles, mais l'indication de l'identité des personnes impliquées n'apporte aucune plus-value historique à l'article. Le demandeur ne peut être considéré comme un personnage public. Les faits sont manifestement anciens : quatorze années se sont écoulées entre la publication de l'article et la mise en ligne de celui-ci. Ce laps de temps, estime le tribunal, donne droit à l'oubli. Enfin, la publicité donnée à ce fait ancien, sans lien avec la profession de médecin du demandeur, peut nuire au développement de sa patientelle.

C'est sur le fondement de l'article 1382 du Code civil que le demandeur fonde son action en justice. Il concède qu'au moment de la mise en ligne de ses archives en 2008, le défendeur ne pouvait vérifier l'ensemble des articles. Néanmoins, dès lors que la demande lui en a été faite en application du droit à l'oubli, le refus opposé par le défendeur à l'anonymisation de l'article est constitutif de faute. Estimant cette demande fondée, le tribunal condamne le défendeur à rendre l'article anonyme et à payer un euro au demandeur à titre de réparation du dommage moral.

En guise de conclusion

Le droit à l'oubli numérique répond à une préoccupation légitime, qui est associée à l'avènement d'une mémoire numérique illimitée. Encore faut-il s'entendre sur la définition, la portée et les modalités d'exercice d'un tel droit.

L'effectivité de divers droits fondamentaux, qui contribuent à assurer le respect de l'identité des individus (droits à l'honneur, droit à l'image, droit au respect de la vie privée...), est mise à mal par la construction et la préservation sur le très long terme d'une identité numérique élaborée à partir de données à caractère personnel collectées, agrégées et traitées largement à l'insu des intéressés. C'est précisément pour répondre à ce type de danger qu'ont été adoptées les législations de protection des données à caractère personnel. Plusieurs principes ont été posés afin de

60. Cf. l'art. 3, § 3, de la loi du 8 décembre 1992.

61. Le tribunal se réfère aux arrêts *Times Newspapers* (Cour eur. D.H.) et *Sotamedia* (C.J.U.E.) évoqués plus haut.

62. Conclusions dans l'affaire *Google Spain c. AEDP et Mario C.G.*, précitées, § 30.

lutter contre la collecte, l'utilisation et la conservation de telles données dans des conditions peu transparentes pour les personnes concernées. Il s'en déduit, de façon implicite et indirecte, une forme de droit à l'oubli numérique, étroitement circonscrit (dans une optique de respect des finalités pour lesquelles les données sont collectées et conservées) et opposable au seul « responsable du traitement ». Encore faut-il convenir qu'adoptés à une époque où le Web et les moteurs de recherche en étaient à leurs premiers balbutiements, les instruments de protection des données personnelles se révèlent aujourd'hui relativement inefficaces pour faire face aux nouveaux risques et défis. C'est pourquoi ils sont en cours de modernisation.

Autre chose est l'affirmation d'un « droit à l'oubli numérique » entendu comme le droit reconnu à tout un chacun de *faire cesser ou restreindre la diffusion de données* qui contrarient ses préférences ou intérêts⁶³. Pour être utile et effectif, ce droit devrait être logiquement opposable à tous ceux qui participent ou contribuent à cette diffusion : prestataires d'hébergement et éditeurs de sites web, fournisseurs de service de moteur de recherche...

Dans l'état actuel du droit positif, et singulièrement dans la directive 95/46 sur la protection des données à caractère personnel, un tel droit n'existe pas. Dans la mesure où il se déclinerait en un droit à l'effacement des données ou à la désindexation, sa consécration et son élaboration technique semblent malaisées (sauf éventuel régime spécial). Pareil « droit à l'oubli numérique », conçu comme une facette du droit fondamental à la vie privée, s'apparente plutôt à un point de mire, un objectif que l'on atteint par le biais d'une diversité de voies et moyens juridiques. En tout cas, il n'est ni automatique, ni sans limites. Il se situe au confluent de plusieurs libertés et droits fondamentaux qu'il y a lieu de mettre en balance : droit à la vie privée, d'une part, liberté d'expression (laquelle protège la liberté de communiquer des informations et opinions, la liberté d'accès à celles-ci, la mémoire historique et journalistique...) et liberté d'entreprise, d'autre part.

63. Qu'il s'agisse de données publiées par l'intéressé lui-même (sur son blog ou sa page Facebook...) ou par des tiers (articles de presse, commentaires postés dans des blogs...).

S'il n'est pas certain qu'un droit à l'effacement des données ou à la désindexation puisse toujours être honoré, il ressort en revanche du *corpus* jurisprudentiel en formation que peuvent être reçues, au cas par cas, des solutions moins radicales telles que l'addition de mentions ou l'anonymisation...

Entre le moment de rédaction de ce texte et la publication, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) s'est définitivement prononcée, par un arrêt de grande chambre du 13 mai 2014, dans l'affaire C-131/12, Google Spain SL et Google Inc contre AEPD et Mario Costeja González. Cet arrêt, rendu sur conclusions contraires de l'avocat général N. Jääskinen, ce qui est exceptionnel, ne doit pas nécessairement être approuvé et a d'ailleurs suscité des appréciations contrastées. Il n'est naturellement pas possible d'en livrer un commentaire approfondi. Bornons-nous à relever quelques points critiques. La Cour considère (par. 41), ce qui peut s'entendre, que l'activité d'un moteur de recherche consistant à trouver des informations publiées sur Internet par des tiers, à les indexer de manière automatique, à les stocker temporairement et à les mettre à disposition des internautes sous la forme d'une liste hiérarchisée d'hyperliens, doit être qualifiée de « traitement de données à caractère personnel », au sens de l'article 2, b, de la directive 95/46, lorsque ces informations contiennent de telles données. Elle ajoute que l'exploitant de ce moteur de recherche doit être regardé comme le « responsable » dudit traitement, au sens de l'article 2, d, ce qui est plus contestable. En effet, on peine à admettre que l'exploitant ait déterminé la finalité d'un traitement de données à caractère personnel, dès lors que son système d'indexation ne fait pas le départ entre les données à caractère personnel et celles qui n'en sont pas (contra : par. 33 et s.). Les données récoltées sur les sites sont traitées automatiquement et sans distinction de manière à optimiser l'indexation de l'information. La Cour reconnaît qu'elle interprète largement la notion de « responsable du traitement » (cf. par. 34). Elle « force », à notre avis, l'application tant de cette notion que des obligations de rectification, d'effacement ou de verrouillage des données à charge dudit responsable (art. 12, b, de la directive 95/46) et du droit d'opposition (art. 14, a, de la directive 95/46),

dans un contexte largement modifié depuis l'époque de l'adoption de la directive, ce qui paraît peu cohérent avec le constat de la nécessité de réviser celle-ci et les travaux en cours à cet effet.

L'arrêt considère aussi – moyennant, il est vrai, quelque nuance (i.e. concédant que l'équilibre des droits fondamentaux en conflit peut dépendre, dans des cas particuliers, de la nature de l'information et de sa sensibilité pour la vie privée de la personne concernée ainsi que de l'intérêt du public à disposer de l'information) – que les droits à la vie privée et à la protection des données à caractère personnel prévalent, en règle générale, sur les autres droits fondamentaux (par. 81), ce qui bat en brèche la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, suivant laquelle les droits consacrés par la Convention méritent égale protection. Dans l'examen des requêtes des candidats à l'oubli, l'exploitant du moteur de recherche est appelé à mettre en œuvre le test de proportionnalité et, partant, à exercer une forme de censure privée, au risque d'engager sa responsabilité en cas de refus de déréférencement.

L'absence d'obligation de s'adresser préalablement à l'éditeur du site web pour obtenir l'effacement des données (par. 84) est également sujette à caution : la mesure de désindexation risque de se révéler peu efficace, tant il est vrai que les données pourront aisément être trouvées par le biais d'autres moteurs de recherche ou d'hyperliens renvoyant vers le site d'origine où l'information litigieuse demeure.

En définitive, sans consacrer expressis verbis un nouveau « droit à l'oubli », la CJUE déduit implicitement une prérogative qui y ressemble de la violation – à apprécier, il est vrai, au cas par cas – des principes de finalité et de proportionnalité : des données exactes, adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités, et licitement publiées, peuvent devenir, avec l'écoulement du temps, non-conformes aux exigences de la directive 95/46, et permettre ainsi à la personne concernée d'exercer ses droits de rectification ou d'opposition de manière à obtenir le déréférencement desdites données. Il reste que l'exploitant d'un moteur de recherche peut se voir imposer l'obligation

de ne plus faire apparaître un hyperlien dans les résultats de recherche obtenus à la suite de requêtes basées sur les nom et prénom d'une personne physique. Pratiquement, il est question de la suppression d'un lien permettant de diriger les auteurs de pareilles requêtes vers une information (en l'occurrence, exacte et licitement) publiée sur un site web, dès l'instant où les droits de la personne concernée prévalent en principe sur les droits fondamentaux des éditeurs de sites web, de autres internautes (droit d'accès à l'information) et de l'exploitant lui-même (liberté d'entreprise et liberté d'expression).